

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: TEORÍA DE LA NORMA

INTRODUCCIÓN: El presente informe pretende mostrar uno de los tratamientos más elementales sobre el tema de la teoría de la norma. Entre los tópicos más destacados se encuentran: la esencia, contenido y efecto de las normas; el fundamento y fin de las normas; la existencia necesaria de la norma previa y el deslinde de la normatividad. Adicionalmente, se sugiere remitirse también a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.

Índice de contenido

ESENCIA, CONTENIDO Y EFECTO DE LAS NORMAS.	3
a) El contenido de la norma.	3
1. La obtención del contenido de la norma.....	3
2. Tipos de normas.....	3
b) El carácter jurídico de la norma.....	4
c) El efecto de las normas.....	5
1. Fundamentación de un deber de obediencia y de un derecho subjetivo a la obediencia.....	5
2. La función protectora de la norma.....	6
FUNDAMENTO Y FIN DE LAS NORMAS.....	7
LA EXISTENCIA NECESARIA DE LA NORMA PREVIA Y EL DESLINDE DE LA NORMATIVIDAD.....	9
1. El Principio de la Plenitud Normativa.....	9
2. La Concreción Sucesiva de las Normas.....	10
3. El Retorno Jurisdiccional a lo abstracto.....	11
4. La incesante variación normativa «versus» seguridad jurídica.....	12
5. La prevalencia efectiva de lo concreto.....	14
6. Paridad y subordinación en el proceso de integración normativa.....	15
1.º El principio de paridad de rango:.....	15
2.º El principio de subordinación,	15
7. La diferencia entre norma y acto.....	16
8. Los criterios de diferenciación.....	17
9. El principio «legem patere quam fecisti» y el plusvalor de la norma.....	21

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

a) El surgimiento del problema en el Derecho intermedio: la polémica entre el rescripto contra «jus» y la cláusula «.non-obstante».....	22
b) La doble posición jurídica del príncipe.....	23
c) Perpetuación del problema y cambio de sentido en el Constitucionalismo.....	23
d) Las prohibiciones de dispensas.....	24
e) Los pretendidos fundamentos de la prohibición.....	24
f) El fundamento en el principio de legalidad y en el plusvalor de la norma sobre el acto.....	25

[KAUFMAN Armin.]¹

II. Esencia, contenido y efecto de las normas.

a) El contenido de la norma.

1. La obtención del contenido de la norma.

El desarrollo a partir de la primera parte de la ley penal determina el contenido de las normas. Sin embargo, esta derivación es, a menudo, difícil; ello trae como consecuencia que el alcance de la norma sea un asunto discutible. Binding advierte frente al peligro de una generalización demasiado amplia, así como también de una formulación de normas demasiado numerosas o estrechas. En la medida en que las normas –tal como sucede en algunas leyes penales secundarias– son formuladas positivamente, no puede uno sorprenderse que a menudo no estén revestidas con la forma externa del imperativo.

Al contenido de la norma no corresponde, por ejemplo, la orden: ¡ No debes matar dolosamente! Si la norma ha de cumplir su cometido, entonces tiene que ordenar o prohibir determinado comportamiento, sin tener para nada en cuenta el dolo o la negligencia. Cuando en los tipos de la ley penal aparece el elemento "dolosamente" o "negligentemente", entonces estos elementos, al producirse la transformación, no forman parte del contenido de la norma. Igualmente, la norma prohíbe, en general, una acción, aun cuando su punibilidad dependa de la realización profesional de aquélla.

2. Tipos de normas.

Los diferentes tipos de normas resultan del diferente contenido de aquéllas:

aa) "La función de las prohibiciones es prohibir toda modificación sensible del orden jurídico mediante la acción humana; la función de los mandatos, producir toda modificación indispensable, mediante la acción humana. Sin embargo, "las prohibiciones (no contienen) tan sólo una prohibición de realizar acciones cuyo carácter nocivo uno comprende sino, al mismo tiempo, un mandato de actuar con cuidado". Viceversa: "en los mandatos se esconde una prohibición secundaria: no hacer

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

nada para dificultar la aparición de la consecuencia deseada"⁴¹.
bb) Según los "objetivos perseguidos", las prohibiciones han de dividirse en⁴²: 1) "*prohibiciones de violación*", que prohíben una "modificación en el mundo jurídico" no deseada; 2) "*prohibiciones de puesta en peligro*" contra "determinadas acciones en la medida en que encierren el peligro de ser causas de un determinado resultado"; y 3) "*prohibiciones simples y llanas*" "en contra de acciones que regularmente encierran un peligro para determinados bienes". "Pero estas tres mismas vías que sirven a la prohibición para lograr su objetivo, son utilizadas, en dirección contraria, por los mandatos".

cc) Hay normas "*incondicionadas*" ("de una sola parte") y "*condicionadas*" ("dos partes"); las últimas tienen la forma: "Si tal o cual es el caso, entonces debes...". Las condiciones de las normas existen por "dos razones": En caso de que la "acción que ha de ser prohibida sea posible sólo bajo ciertas condiciones", "la designación de estos presupuestos sirve sólo para la descripción de la acción prohibida y la norma es, desde el punto de vista de su idea, una norma con una sola parte". "Pero la norma ha de ser bipartita, en su forma y en su idea básica, cuando la acción que ha de prohibirse es posible sin más, pero sólo ha de ser prohibida bajo determinados presupuestos".

dd) Las normas se dividen en *generales* y *especiales* "según que los deberes que las normas desean fundamentar, hayan de ser impuestos a todos los subditos de la ley o a determinados grupos, tales como el de los funcionarios, los soldados o los miembros del parlamento del Imperio Alemán".

b) El carácter jurídico de la norma.

Como ya se ha dicho, las normas más importantes no pertenecen, en la actualidad, al derecho escrito. No pueden ser explicadas conforme a la doctrina dominante de las fuentes del derecho. Según Binding, el derecho es "tan sólo la voluntad jurídica expresada, de una fuente del derecho". A esta expresión o declaración de la voluntad jurídica aplica Binding las dos formas de declaración de la voluntad que conoce el derecho: el lenguaje y la acción concluyente. Un tipo importante de una declaración de la voluntad jurídica mediante una acción concluyente consiste en "que, a través de una ley, la voluntad de la fuente jurídica es declarada con un alcance más amplio que el que tiene en la ley misma". La norma es formulada a través de la ley penal, pero no en ella. No es una ley, sino una proposición del derecho no legislado. Por lo tanto, con respecto a la naturaleza jurídica de la norma es irrelevante que el legislador establezca expresamente por escrito la norma o la haya declarado mediante una acción

concluyente.

De aquí infiere Binding, además, que la norma no constituye un elemento de la ley penal, sino que, al lado de ella, es una "proposición jurídica totalmente independiente" que no participa "necesariamente del destino de la ley penal". Esta independencia de la norma con respecto a la ley penal, resulta también de "fines fundamentalmente diferentes". Además, hay normas cuya sanción se encuentra en leyes totalmente distintas de la ley penal; y, finalmente, la norma prohíbe más acciones que las que la ley penal amenaza con pena (por ejemplo, negligencia en muchos delitos; tentativa en contravenciones y delitos).

De ninguna manera todas las proposiciones jurídicas son normas, es decir, imperativos. Binding rechaza enérgicamente la "tesis del dominio exclusivo de la norma". "En oposición a las proposiciones jurídicas obligantes, de las cuales las normas constituyen sólo un subtipo, están las concesiones que exclusivamente, o en primer lugar, se proponen autorizar". "La gran cantidad de proposiciones jurídicas permisivas, niega el dominio exclusivo de la norma". Al igual que las normas, las concesiones son también "proposiciones jurídicas afirmativas", es decir, disposiciones que "reglan la aparición o desaparición de derechos o deberes". Pocas veces se dan las "proposiciones jurídicas negativas", cuando "el creador del derecho" estatuye "que determinados tipos no deben tenerningún efecto jurídico o que no deben tenerlo en determinada dirección".

La independencia de la norma significa que ésta es obligatoria por sí misma y que lo sigue siendo aun cuando exista como *lex imperfecta* por falta de la correspondiente ley penal. En tanto derecho soberano de obediencia, la norma pertenece siempre al *derecho público*; nunca al derecho penal.

c) El efecto de las normas.

1. Fundamentación de un deber de obediencia y de un derecho subjetivo a la obediencia.

Binding califica de "tarea principal" de las normas "la fundamentación de los deberes eminentemente personales de las personas físicas, de actuar u omitir". Se trata del "*deber de obediencia* o de sumisión". Pero como "un deber jurídico no puede ser concebido sin el correspondiente derecho subjetivo", las normas crean siempre, simultáneamente, derechos y deberes. El derecho a exigir el cumplimiento del deber, el "*derecho del soberano a la obediencia* o a la sumisión, no puede tener ningún otro contenido".

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Dado que este derecho a la sumisión, en virtud de la motivación del deber, conduce a la subordinación de la propia voluntad a la de la norma, es necesario hacer intervenir aquí la "capacidad de actuar". "La norma puede, pues, obligar sólo a aquellas personas que son capaces tanto de satisfacer su requerimiento cuanto de violarlo". Binding llama a la acción culpable y contraria a la norma, *delito*TM.

2. La función protectora de la norma.

El motivo de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida, "en su resultado perjudicial para la vida del derecho"; viceversa, mediante el mandato de una acción ha de lograrse un resultado ventajoso. Vistas desde el punto de vista del Estado, las normas son un medio para asegurar bienes jurídicos frente a ataques futuros de personas responsables. Por esta razón, estos bienes son declarados inviolables y se formula "la exigencia a las personas" de "organizar sus acciones de manera tal que no pueda producirse tal perjuicio". La cuestión acerca del alcance, es decir, "hasta dónde quiere avanzar la fuente del derecho en contra de la violación del mandato" es una cuestión "totalmente diferente".

Aquellos bienes que están protegidos por las normas son llamados por Binding "bienes jurídicos". Son "todo aquello que, en sí mismo, no es un derecho pero que, según el legislador, tiene valor como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuya conformación inmodificada y sin perturbaciones tiene, según su opinión, un interés". La protección es consecuencia del valor social para "toda la comunidad viviente"⁶⁸. Por esta razón, los bienes jurídicos no deben ser considerados desde un punto de vista individualista y hay que separar claramente los bienes individuales de los de la comunidad. Sin embargo, la norma misma puede declarar como inviolable un bien que es objeto de un derecho privado, y proteger así a quien lo detenta.

En verdad, muchos bienes jurídicos son objeto de derechos subjetivos; pero "toda agresión a los derechos subjetivos se produce mediante una agresión a los bienes jurídicos y es inconcebible sin éstos". Binding correlaciona las normas con los bienes jurídicos. En los *delitos de lesión*, se esconde bajo "la cascara de la desobediencia" un "núcleo que es una lesión de los bienes"; ello es más notorio en los delitos de lesión que en los delitos de peligro. En los delitos abstractos de peligro, la posibilidad de la lesión de un bien jurídico pasa tan a segundo plano que estos delitos se agotan en una "simple desobediencia". Por esta razón, Binding opone al grupo de delitos de simple desobediencia, el de delitos de lesión. Binding rechaza el uso de la expresión "interés" en lugar de "bien jurídico"; con respecto a

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

un bien jurídico pueden existir varios y hasta opuestos intereses. Por esta razón, se da una mejor expresión a la concepción del legislador cuando se habla de la protección del bien.

III. Fundamento y fin de las normas.

Binding no se limitó a demostrar la existencia de las normas. La norma comienza a existir con la imposición expresa o con la proclamación concluyente por parte del legislador. Pero, ¿no tiene la norma que presuponer algo? El propio Binding responde:

"La *prohibición* es dictada porque la conducta prohibida, en la medida en que excepcionalmente no se reconozca algún derecho o deber con respecto a su realización, se presenta como *inadmisible* para el orden jurídico; el *mandato*, porque la realización de la acción ordenada se presenta como *indispensable*, es decir, que su omisión es *inadmisible*. Este juicio acerca de la inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones u omisiones es el *presupuesto conceptual de todo dictado de una norma* y, al mismo tiempo, su único motivo. La expresión jurídico-positiva de este juicio se realiza en la formulación de la norma misma".

"Sería una concepción totalmente grotesca de las prohibiciones y mandatos legales pensar que sólo son dictados para facilitar a los sometidos a la ley ejercicios que les permitan poner de manifiesto su convicción de lealtad o deslealtad. Más bien hay que mantener distantes los inconvenientes objetiva-mente graves del orden jurídico". Por lo tanto, el "único objetivo de la norma... es prohibir determinadas acciones a causa de su naturaleza o efecto perjudicial al derecho y ordenar otras a causa de su indispensabilidad"; pero a este objetivo "subyace una *valoración* de aquellas acciones y de estas omisiones, por parte de la ley"⁷⁶. Y así, "la base para la formulación de toda norma... (lo constituye) el conocimiento de la inadmisibilidad de determinadas formas del comportamiento humano con relación a las necesidades del orden jurídico". "Es correcta la concepción según la cual la norma, a través de sus prohibiciones pretende reconocer y, *al mismo tiempo*, reconoce la inadmisibilidad de las acciones y omisiones prohibidas".

"Pero de la *prohibición* y del *mandato* no se infiere que la *valoración del legislador* haya sido realmente la correcta" "Pero, ¿quién puede trazar con seguridad el límite entre la razón y la sinrazón jurídicas?". "También las proposiciones jurídicas tienen, a menudo, dos caras".

Y así, a Binding, "después de haber aceptado la invitación de seguir el camino más allá de la norma", "sólo (le) queda la resignación. El delito surge por la norma; la posibilidad de su violación por parte de cada uno, a través de su toma de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

conocimiento y únicamente a través de ella". "Pero, detrás de la prohibición y del mandato, aparece la más espesa de las nieblas ante todo aquel que intente buscar la antijuridicidad". Por esta razón, hay que dejar de lado "todas las fantasías jusnaturalistas, los más peligrosos y exitosos enemigos de toda ciencia del derecho". "El jurista humilla indignamente al derecho cuando considera que su existencia necesita de otra <<justificación>> a más de la que obtiene la voluntad general a partir de la necesidad libremente reconocida, de la regulación de la comunidad.

[VILLAR PALASI José Luis.]²

I. LA EXISTENCIA NECESARIA DE LA NORMA PREVIA Y EL DESLINDE DE LA NORMATIVIDAD

1. EL PRINCIPIO DE LA PLENITUD NORMATIVA

El artículo 17 del Fuero de los Españoles preceptúa que «todos los órganos del Estado actuarán según un orden de normas jerárquicamente preestablecido», y viene con ello a postular la necesidad de una norma jurídica previa a cualquier actuación administrativa. A su vez, una actuación material de la Administración está supeditada a la emanación de un acto jurídico previo, el acto administrativo. Así lo dispone el artículo 100 de la Ley de Procedimiento Administrativo al establecer que «la Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares, sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirve de fundamento jurídico». El orden de la norma preestablecido debe preceder de este modo a la actuación, y dentro de ésta, el aspecto jurídico debe preceder al material. Considerado desde el punto de vista de la actividad administrativa, ésta se encuentra dentro de una *plenitud normativa*: donde hay actuación hay una norma previa. A su vez, donde tal norma previa no existe, se trata del no-Derecho para la Administración, es decir, de esferas vedadas a su actuación o de indiferentes jurídicos para la misma. El ordenamiento jurídico no es un *posterius* que informe jurídicamente a la Administración, sino la misma Administración, y ésta tiene su confín allí donde esté el límite del ordenamiento previo. A su vez, el ordenamiento jurídico es un conjunto acotado: la cota superior la suponen las leyes fundamentales, la inferior el comienzo de los actos.

El principio de la plenitud normativa produce una importante consecuencia, en concreto, la *tipicidad* de los actos administrativos, lo que la doctrina italiana ha denominado la *nominativitá* de los mismos. La única excepción a la regla de la tipicidad la suponen las llamadas *medidas* a que se refieren la Ley de Orden Público, LRL, etc. El acto-medida se engarza en la Ley, cumple, por tanto, el principio de la plenitud normativa, pero este engarce no es un enlace de contenido típico, sino de simple autorización. La finalidad prevalece sobre la tipicidad, aunque luego, al adoptarse una medida, ésta puede ser un acto típico (multa, prohibición, orden, etc.). Es cabalmente la prevalencia del fin lo que hace no sólo eliminar el requisito de la tipicidad, sino poner en marcha el principio limitador de la proporcionalidad medio-fin. El supuesto abstracto de hecho es lábil, movedizo, fijable sólo por la finalidad (*Fliesende Tatbestand*, Sauer).

2. LA CONCRECIÓN SUCESIVA DE LAS NORMAS

Aun en las normas que incluyen supuesto de hecho en su premisa mayor, esta incorporación de lo fáctico se verifica de modo gradual a través del proceso de integración fáctica de la norma. Desde la ley al acto hay, de este modo, como singularidad muy destacada del Derecho administrativo, toda una escala de mayor a menor especificación. El bloque normativo precede así al bloque sucesivo de actos: Ley, Reglamento general, Reglamento concreto, Orden ministerial, resoluciones directivas, constituyen el bloque normativo cuya existencia es imprescindible antes de la sucesión de actos.

La jerarquía de las normas no responde sólo al principio de prevalencia de la Ley formal y por bajo de ésta a la estructura jerárquica de la Administración: hace referencia al predominio lógico, efectivo y jurídico de lo abstracto sobre lo concreto. El proceso de especificación de las normas inferiores actúa a modo de un límite más estrecho, como en el objetivo de una cámara: cuanto más precisa queremos ver la imagen, cuando más detalle queremos observar, menor será, necesariamente, el campo. Igual sucede con la teoría matemática de los límites: cuanto más preciso queremos que sea el resultado más pequeño deberá ser el entorno. Cuando el jurista observa la prevalencia de una ordenanza municipal sobre un Decreto, queda perplejo, porque lo que le enseñaron de la jerarquía de las normas parece excepcionar aquí. Y no es tal: se trata de campos diferentes y es irrelevante el grado de concreción o de jerarquía. El proceso de especificación de la norma alude a la mayor concreción de una regla abstracta, pero siempre dentro del campo cubierto por ésta. La auténtica vida del Derecho está en lo particular, no en lo general, diría Oliver W. Holmes.

La existencia de este proceso de integración de los hechos en la norma es cabalmente lo que produce el problema de deslinde conceptual entre norma y acto. ¿Es norma o acto la fijación de un derecho arancelario? No hay una contestación válida para siempre y en todo lugar y sistema, ya que responde a criterios positivos, los criterios de repetibilidad del supuesto de hecho o de la indeterminación de los destinatarios, son, como se verá, puntos de partida más bien convencionales. Los hechos pueden de este modo estar insertos en la norma, en cuanto ésta sea en realidad irreplicable en su eficacia, dando lugar a los actos-decisiones. Las normas no alteran sino en posibilidad el mundo real, las conductas reales. La realización de la norma sólo se alcanza cuando tales conductas son, voluntaria o coercitivamente, seguidas. Desde un punto de vista de teoría general del Derecho,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

norma es todo lo hipotético, acto todo lo real; pero esta perspectiva falla al querer escindir en el Derecho administrativo norma y acto: una convocatoria es acto, y aun así es una mera posibilidad. El carácter positivo de la distinción se verifica además cuando se enfocan los criterios de diferentes sistemas jurídicos; los criterios cambian y todo ello conduce a la conclusión de que en definitiva no se trata sino de criterios positivos convencionales. De todos modos importa subrayar cómo corresponde a la íntima naturaleza del Derecho la progresión de lo general o lo particular, lo individual. En su *Ética a Nicómaco* decía Aristóteles que «la determinación del Derecho y la concreción de la Ley se verifican como la relación de lo general y lo específico».

Por ello, como contrapartida de los actos camuflados de norma, los actos administrativos propiamente dichos concluyen el ciclo de concreción: los llamados actos previos, actos preliminares y actos preparatorios implican una cierta normación—dentro de la escala de los actos—de los actos finales; una convocatoria de concurso es un acto, pero no resuelve, sino que prepara la decisión concreta final. La concreción, esto es, la decisión concreta, se adquiere por todo un largo camino de especificación, que comprende la escala de normas y la escala de actos. No se verifica de golpe, como en el Derecho privado, sino a través de sucesivas meditaciones, como si el lograr lo concreto fuera la gran tarea de la Administración pública. Es esto algo ciertamente peculiar y privativo del Derecho administrativo.

El problema del deslinde necesario entre norma y acto es, por estas razones, difícil, pues con frecuencia aparecen normas-incompletas, lo que evidencia que también en este ámbito hay una cierta gradación, una escala de normatividad.

La cuestión aparece para el jurista cuando el titular de la potestad normativa y de producción de actos es el mismo, y cuando el tratamiento jurídico entre acto y norma es diverso. Por eso no es problema exclusivo de la Administración, sino también del Parlamento, en las épocas en que confluían Leyes y Decretos parlamentarios. En el proyecto jacobino de Constitución de 1793 se decía: *Les actes du Corps législatif se divisent en deux classes, les lois et les décrets*, idea que pasará a la Constitución gaditana. Y Toreno discutirá si debe ser ley o decreto la eliminación sucesoria de un pretendiente, con argumentos que vendrán a ser un exacto paralelo de los utilizados en el Derecho administrativo.

3. EL RETORNO JURISDICCIONAL A LO ABSTRACTO

El Derecho administrativo es una normación en permanente jaque, y

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

es justamente el dato de la incomprensión de este aspecto lo que produce su naturaleza hermética y la aversión del jusprivatista a esta incesante tarea de Sisifo. La contrapartida del principio de prevalencia de lo concreto en la aplicación normal del Derecho administrativo lo constituye el retorno a lo abstracto, a las normas-límite en la incriminación jurisdiccional del acto concreto. La jurisdicción opera con Leyes y poco con circulares o normas concretas. Es la vuelta al límite, de aquí que las Sentencias digan, con frecuencia, que el acto es legítimo porque no contradice la norma abstracta sin entrar en su engarce a la escala de normas específicas.

Esta abismal diferencia de criterio habrá de producir otra consecuencia trascendental; con frecuencia la jurisdicción evade el tema del ajuste al bloque normativo para pasar—anacrónicamente— a verificar la no-con-tradicción de los últimos términos de esta escala complicada—en creciente complicación—de especificación de lo abstracto.

4. LA INCESANTE VARIACIÓN NORMATIVA «VERSUS» SEGURIDAD JURÍDICA

Así planteadas las cosas, es preciso ahora enfocar otro problema. ¿Cómo es conciliable esta mutación permanente e inexorable de la norma administrativa con el principio de seguridad jurídica? Elementalmente contestado, el principio no supone para el administrado sino un *saber a qué atenerse*, una cierta predictibilidad de las decisiones futuras ante un supuesto de hecho concreto. Y al mismo tiempo, la seguridad en el mantenimiento de un orden predeterminado. La seguridad jurídica es así ambivalente, el Derecho como orden y el Derecho como *jus certum*. Veamos ahora cómo reacciona el Derecho administrativo ante cada uno de los dos términos de esta ambivalencia.

Pues bien, ante esta aparente aporía, el Derecho administrativo muestra también su respuesta original y propia: la elección de fines y su cambio es algo fuera de la Administración, que incumbe antes bien a la política, a las grandes Leyes. La Administración sirve en la línea de los medios. Ante un fin inalterado, las circunstancias cambiantes de la vida real hacen necesario un cambio paralelo, congruente, correlativo, de los medios. Surge, de este modo, una aparente paradoja: si las normas administrativas cambian es precisamente para no cambiar los fines en consecuencia, para apoyar a la seguridad jurídica, claudicante necesariamente, de otro modo. De todo el cosmos jurídico sólo el Derecho administrativo ha sido inconscientemente consciente—*sit venia verbo*—de la estrecha y fatal interrelación entre fines y medios, de la necesidad de una dinámica jurídica interna para lograr un equilibrio de los fines. La vida real y sus circunstancias

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

relevantes, ante el Derecho, no actúan como parámetros independientes, sino más bien como una función inducida de los medios jurídicos, que la influyen y sobre los que, a su vez, influyen. Las soluciones de esta ecuación no son ni pueden ser de este modo unívocas. Sorprenderse de que esto sea así me recuerda la desilusión del niño en la escuela primaria cuando un día averigua que 4 es 2 más 2, y al día siguiente le dicen—ante su sorpresa e indignación—que 4 son 3 más 1.

La seguridad jurídica tiene otra dimensión. Así, seguridad actúa como *certidumbre*, el Derecho cierto: si la norma prolifera, se extiende, se hace oscura, cambia en períodos breves, el Derecho se hace incierto, el administrado no alcanza a saber cuál es la conducta que le hace entrar en la zona de riesgo, en el ámbito de la infracción sancionable. En este sentido, decía Coke: «Si se me pregunta por un problema de Derecho común, me avergonzaría si no pudiera contestarlo inmediatamente; pero si se me pregunta por un problema de Derecho legislativo (administrativo), lo que me avergonzaría sería contestarlo sin remitirme a la colección legislativa.»

La cognoscibilidad de la norma requiere en tal caso la pericia y no sólo el sentido ético normal: cuando el Derecho administrativo se interfiere en el detalle minúsculo, el desconocimiento del Derecho no es, como en el Derecho penal, irrelevante. Cualquiera que sea el sentido que demos al viejo aforismo *ignorantía juris non excusat*, es en el Derecho administrativo donde se produce hoy la puesta entre interrogantes de su vigencia justa. La proliferación de oficinas de información, de las relaciones públicas y de las consultas previas del administrado no son sino parvos y entecos cauces para que el antiguo principio pueda continuar vivo. Estos «cauces—junto a la necesidad de que la notificación contenga la expresión de los recursos procedentes—son intuiciones de algo más general, afloramientos esporádicos de una gran masa subyacente, en concreto, la crisis del principio, sobre todo cuando se la conecta a las órdenes generales, con absoluta indeterminación de destinatarios. El Derecho administrativo, en efecto, como más adelante se verá, tiene destinatarios profesionalizados (cultivadores de algodón, exportadores, productores cinematográficos, por ejemplo), cuyo conocimiento real y potencial de las normas específicamente dirigidas a ellos es total y completo. La magnitud cuantitativa y cualitativa de los destinatarios no acarrea consecuencias diferentes en la vigencia formal del principio, que juega en realidad, en función de esa magnitud, papeles bien distintos. Para el administrado no cualificado, la norma de inferior nivel le es tan desconocida como lo eran las Leyes para los subditos de Dionisio el Tirano, de quien se cuenta que colocaba sus Leyes tan altas que nadie podía leerlas.

5. LA PREVALENCIA EFECTIVA DE LO CONCRETO

¿Cuál era el íntimo sentido de la vieja expresión *lex contractas*, que nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia repiten hasta la saciedad?

No es una expresión fuera de sentido; antes bien refleja toda una concepción fenomenológica del Derecho administrativo, de un profundo trasfondo. En la aplicación diaria del Derecho es la orden concreta la pre-valente sobre la norma abstracta y general. La administración pública funciona primero a la vista de las circulares y raramente—con la misma rareza de lo patológico—con las Leyes generales a la vista. Cuanto más abstractas sean las normas, tanto más deben concurrir todas para resolver un caso específico. Por el contrario, la regla concreta contiene ya la casi total normación del caso, aunque sea a costa de repetir en lo concreto múltiples reglas abstractas.

Es esta una filosofía de la actuación administrativa cotidiana que es •extraño no haya sido observada y analizada antes. El Derecho administrativo doctrinal se ha construido desde la perspectiva de la patología del Derecho de la jurisdicción, de la contienda, y no desde el ángulo del funcionamiento normal y diario. Brinda criterios al abogado para preparar demandas contencioso-administrativas, pero no proporciona líneas de comprensión al administrador, algo parecido a la demarcación del actuar válido, pero sin rellenar de algo sustantivo esta zona. Por otra parte, la idea de la *lex-contractus* alude a que, siendo válida esta norma concreta o este acto preliminar, es a lo específico a lo que hay que atenerse. Aún más, aun estando viciado tal acto o norma, por el juego de los actos consentidos, de los actos propios, de la perentoriedad de los plazos de caducidad de acciones contra la Administración, prácticamente la *lex contractus* puede prevalecer, incluso en el supuesto de su invalidez material. Lo concreto, el apego a lo fáctico, vuelve aquí a tomar su desquite de la prevalencia jerárquica y formal de la norma superior. Los hechos y apego a los mismos adquieren su revancha cierta sobre lo abstracto y permanente. Con todo, hay una escala de normas y una escala de actos, y éstos no son confundibles jurídicamente con los primeros. Por abstracto o preliminar que sea un acto, nunca puede ser equiparado a la norma.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

6. PARIDAD Y SUBORDINACIÓN EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

Existente ya la Ley, vigente y válida, es, con frecuencia, necesario un proceso de concreción sucesiva del mandato contenido en la misma: es el proceso de integración de la Ley. Este puede producirse siguiendo:

1.º El principio de paridad de rango:

- a) *Automáticamente*, por la inserción de la Ley en el ordenamiento. Son así las demás Leyes las que completan, aclaran o integran la indeterminación de la Ley.
- b) *Expresamente*, por el camino de la Ley delegada, la refundición por cláusula de delegación.

2.º El principio de subordinación,

que es normal. Dentro de él es sigularmente destacable, por ser el sistema normal de integración de la norma, el Reglamento ejecutivo. Una aclaración es precisa: en el fondo, todos los Reglamentos son ejecutivos, incluso los llamados autónomos. Todos ponen en movimiento Leyes, cláusulas de las mismas, organismos previstos de ellas, y, en consecuencia, son todos de ejecución. La misma pretensión de vigencia indefinida de la Ley hace que ésta contenga normalmente reglas jurídicas abstractas no adaptadas aún a la realidad concreta que aspira a normar, incapaz por ello de suyo de servir de presupuesto inmediato al acto administrativo definitivo. El Derecho administrativo tiene así una singularidad de creación normativa en el proceso de concreción de la norma. La norma concreta se ajusta más adecuadamente que la abstracta. De ahí la necesidad—que a veces pasa a ser necesidad para la eficacia jurídica—de ir progresivamente concretando el contenido de la norma. Esta aparece en el Derecho administrativo no de un modo aislado, sino como un conjunto o *grupo de normas* ligadas por razón de prever un mismo supuesto abstracto de hecho y relacionadas entre sí por la jerarquía de las normas y la menor-mayor concreción del supuesto de hecho común. Es a esta prevalencia de lo concreto a lo que alude la vieja expresión de la *lex contractus*. Con este artificio de progresiva integración de lo concreto, la Ley puede permanecer en un nivel abstracto, se facilita la tarea del legislador y se evita el cambio continuo de la misma, pasando la constante mutación al grupo subordinado de normas. Colmeiro decía que la labor del ejecutivo, al dictar Reglamentos, no era sino convertir al Derecho en hecho: «Todos cuantos intereses hay en la Sociedad de carácter permanente, como definir los derechos del ciudadano, determinar el estado de las personas y constituir la propiedad, pertenecen al dominio de la Ley. Todas cuantas disposiciones llevan impreso el sello de una

conveniencia de tiempo o lugar, de la equidad más bien que de la justicia, suponen, por lo mismo, una inestabilidad proporcionada a la rapidez o lentitud del movimiento social, a que están subordinadas, y entran en la esfera de la Administración.»

De todos modos es preciso tener en cuenta que así como las ideas de fuente y de acto normativo son nociones positivas, relativas, formales y adaptables históricamente, la idea de norma jurídica—mandato general, abstracto, innovador—es un concepto absoluto, anclado—como Cheli ha puesto de relieve—en la ideología constitucional del Estado liberal. De ahí las distorsiones que aparecerán en el Estado moderno, la posición de los elementos normativos, los mismos grupos normativos, etc., como más adelante se verá.

7. LA DIFERENCIA ENTRE NORMA Y ACTO

Entre lo que es propiamente una norma y lo que constituye auténticamente un acto singular de ejecución, hay toda una gradación difuminada, que precisa una previa diferenciación. Esta es necesaria, sobre todo, en los casos límites, en que el sujeto activo de la Administración ostenta una doble potestad (normativa y de ejecución) y en que la forma de aparición del acto es concurrente (una Orden ministerial puede encerrar una norma o un acto). Esta es relevante en cuanto que a la *disposición general*—la norma—es aplicable un triple requisito de caracterización y tiene un régimen jurídico absolutamente diferente. En efecto, pueden destacarse los siguientes puntos:

- a) La necesidad de publicación de las normas para su validez.
- b) La sujeción a un procedimiento especial de elaboración.
- c) La impugnación jurisdiccional de las disposiciones generales, naturalmente las inferiores a la Ley, que tiene unos requisitos de legitimación distintos a los correspondientes a la impugnación de los actos.
- d) Para que un acto sea eficaz precisa ser notificado. Por el contrario, a las disposiciones se aplica el artículo 2.º del Código civil: «la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento».
- e) Los actos no tienen *vacatio legis* (artículo 1.º del Código civil).
- f) A efectos de retroactividad posible, los actos encuentran causas tasadas (artículo 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo).
- g) La potestad de dictar normas no es delegable (artículo 22 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado: no son delegables las facultades en el caso de que den lugar a la adopción de disposiciones de carácter general).

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

h) El principio *legem patere* se aplica a la colisión del acto con la norma, no entre normas.

i) La misma competencia, que es diferente en el caso de la potestad normativa (autoridades superiores, Ayuntamiento en pleno para las normas municipales) y en la emanación de actos (cualquier funcionario). Para el régimen local, la contraposición está prevista en los artículos 121, h), frente al 116, i), LRL.

Aclaro incidentalmente que la distinción norma-acto tiene en la legislación comparada una diferente significación, que fuerza a acoger, con una gran cautela preliminar, las conclusiones y análisis de la doctrina foránea. Así, en Alemania, la preocupación por una recta distinción es vital para la elección del juez competente, pues el juez ordinario puede conocer y conoce de hecho sobre la validez de los actos administrativos, en tanto que contra las normas son sólo competentes los tribunales administrativos y, aun así, normalmente sólo por vía incidental (*Inzidenzkontrolle*). Por el contrario, en el Derecho español, como en el francés, acto y norma siguen la misma jurisdicción, con algunas variantes de legitimación activa, que ya se examinaron al estudiar los Reglamentos. De otro lado, en Alemania la situación federal implica una mayor complicación en cuanto a la jerarquía de las normas, frente a la distinción francesa tajante entre el *domaine de la Loi* y el *domaine du règlement*.

8. LOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN

Para esta diferenciación se han propuesto diferentes caminos: a) *Individual-general* (Ihering, Crisafulli).

Lo general se opone a lo individual como lo abstracto a lo concreto (Ihering); esto es la realización singular de lo abstracto. El precepto individual es el que surge para resolver un caso concreto y se agota al resolverlo.

De otro lado, la permanencia es la generalidad en el tiempo (Duez). Así, la norma, al ser abstracta, precisa el acto que la haga aplicar al caso concreto. Parece ser el criterio seguido por la Sentencia de 23 de enero de 1940, según la cual, disposición general es aquella que *abarca un conjunto genérico de cosas o personas*, y la Sentencia de 20 de marzo de 1959, al hablar de «actos administrativos de carácter abstracto o meramente definidor y necesitados de posterior aplicación real».

No obstante, el artículo 39 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa admite claramente como disposición general aquella que, sin necesidad de requerimiento o aplicación singular, debe ser cumplida por el destinatario. No es, pues, criterio admisible.

b) *Generalidad conceptual de los destinatarios* (W. Jellinek,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Expósito Eisenmann)

Por ello, se intenta hallar el criterio de distinción en la generalidad conceptual de los destinatarios (W. Jellinek, Vedel, Jacobi, Kóttgen, Laforet y Leibholz). Así, la orden que asciende a unos funcionarios, con sus nombres, es un acto, pero si lo hace definiendo las condiciones del ascenso, sin mencionar los nombres, es una norma. Así, la Sentencia de 6 de abril de 1909: «Una Real Orden es general cuando no nombra ni designa a ningún Ayuntamiento en particular, sino que dicta disposiciones para que sean observadas por todos los que en ellos están comprendidos.» Parece ser el criterio implícitamente adoptado en la Sentencia de 9 de julio de 1962 (A. 3.315). Una Orden ministerial prohibió la venta de leche a granel en Zaragoza; los destinatarios eran determinables (los titulares de licencias de vaquerías); el lugar, concreto; sin embargo, se estimó que se trataba de una norma y no de un acto de prohibición. Igual sucede con la Sentencia de 10 de junio de 1964 (A. 3.773), sobre ascensos en escala cerrada de funcionarios del Ministerio de la Vivienda. En idéntico sentido las Sentencias de 6 de abril de 1909, de 17 de diciembre de 1932, de 23 de enero de 1940, de 26 de julio de 1957, de 25 de junio de 1963, de 9 de febrero de 1959 y de 14 de mayo de 1966.

c) *Repetibilidad del contenido: carácter indefinido del mandato*
El auténtico problema lo plantean una serie de casos de difícil determinación.

1. El coeficiente de un cuerpo de funcionarios se dicta por Decreto. ¿Es una norma o un acto?

2. Los derechos reguladores a la importación de determinadas mercaderías de comercio del Estado rigen para siete días, normalmente. ¿Son normas?

3. La fijación de precios oficiales para una mercancía determinada (precio de los diarios, tarifas de los servicios públicos, etc.). ¿Son normas o actos?

4. La convocatoria de una oposición se dirige a una pluralidad indeterminada de personas. Igual sucede con la orden de un alcalde sobre limpieza de las calles en una nevada.

5. La fijación de un derecho arancelario se realiza por Decreto. ¿Es norma o acto?

Como se ha dicho antes, la distinción entre norma y acto no es bizantina, sino que conlleva importantes consecuencias.

Uno de los casos-límite entre la escala de normas y la escala de actos previos lo constituye justamente el plan de urbanismo y, en general, la idea de plan de actuación. Para Gigy es un alejamiento tendencial de las formas jurídicas tradicionales; para Kaiser es algo atípico, sin prototipo anterior; para Imboden es un indiferente jurídico; para Forsthoff es un *aliud* entre el acto y la norma; para Obermeyer es una norma. Importa aclarar que la solución jurisprudencial contempla fundamentalmente no restringir

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ni dilatar la legitimación: por ello quizá alguna Sentencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1964) ha definido la aprobación de un plan general de urbanismo como un *acto complejo o constelación de actos administrativos*. Su estructura muestra que contiene, sin embargo, una formulación abstracto-general: vincula a los titulares actuales o futuros y comprende una serie indefinible y repetible de supuestos de hecho. La Ley de Régimen Local subsume las ordenanzas de Construcción entre las normas (artículo 108, número 2), correspondiendo al Pleno los planes de ensanche [artículo 121, e)~\.

Para aclarar el tema es necesario examinar los elementos sustanciales de la norma: contenido y destinatario.

El contenido de la norma lo constituye el caso o supuesto de hecho contemplado por la misma: si se trata de regular un caso repetible se está ante el *supuesto abstracto, repetible indefinidamente*; esto es, frente a una norma, una disposición general. Por eso son tales los casos 1, 2 y 3, cualquiera que sea el número de destinatarios a que va destinado. Son, en muchos casos, *elementos de integración de la Ley* (así, los coeficientes de funcionarios) que, a modo de *conditio* de su eficacia, ponen en movimiento la Ley, la motorizan y hacen eficaz y participan por ello de su naturaleza (no de su rango, como es lógico). Por el contrario, si el supuesto de hecho no es *repetible* o se agota, es decir, es consuntivo, se está ante el acto: si el destinatario no es determinado o determinable, el acto será general, no normativo (concurso, orden policial). Se da así esta gradación, según Obermeyer, y que puntualizan Carlassare y Bobbio.

Supuesto de hecho

Destinatario

1. Abstracto.....	general
2. Abstracto.....	especial
3. Concreto.....	general (acto general no normativo)
4. Concreto.....	especial (acto adm. Singular)

Hay, sin embargo, una clase de normas consuntivas, y esta contraposición de términos no es ilógica: es el de la disposición que se limita a derogar otra. Es obviamente una norma, pues si no lo fuera no tendría potencia derogatoria. En definitiva, para comprender también este supuesto vuelve a cobrar validez la vieja afirmación de Affolter: es norma todo aquello que *enriquece o empobrece* el Derecho. La escala de los actos, y éstos en consecuencia, responden a la concepción de lo jurídico como *materia signala*: su cumplimiento acarrea su consunción. La norma,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

por el contrario, responde a la idea de una potencialidad por su uso. Sin embargo, una norma derogatoria no agota su potencia en la simple eliminación de otra norma anterior. Eso es sólo el anverso aparente del problema, pues su reverso lo constituye el dato de que al derogar la norma pone en aplicación a ese campo otras normas antes no aplicables o señala en el caso extremo una esfera de libertad. Así, toda norma, incluso la derogatoria, enriquece el ordenamiento jurídico.

Como agudamente ha puesto de relieve García de Enterría, la norma se integra en el ordenamiento jurídico, en tanto el acto es *ordenado*. Ambos criterios de la consunción y del ordenamiento han sido utilizados por la jurisprudencia. Así, la Sentencia de 8 de mayo de 1965, sobre acuerdo municipal de anulación de licencias de apertura de los chamarileros, en Madrid: «Dado el carácter *ordenamentalista* del acuerdo municipal que estableció la obligatoriedad de revisar determinadas licencias, así como el hecho de que su contenido preceptivo no podía agotarse o *consumirse*, mediante la simple comprobación de las condiciones de los locales, sino que *mantenía su valor normativo para ulteriores cumplimientos*, conforme a los resultados que en cada caso ofreciesen las comprobaciones ordenadas.» La Sentencia de 12 de febrero de 1966 reitera el criterio.

Es oportuno aclarar que muchas veces es la forma de emanación la relevante para la clasificación, dándose así esta gradación difuminada de que antes se habló. Es la repetibilidad abstracta, como hipótesis, no como realidad, como tesis, lo relevante. Una disposición puede ser normativa aunque, en realidad, luego en su aplicación afecte a un solo caso. Son los llamados, en la doctrina alemana, actos *camuflados* de normatividad (*Getarnte Rechtssatz*), a los que el ordenamiento positivo italiano y, en consecuencia, la doctrina niegan normatividad: y a los que podría eventualmente en nuestro Derecho aplicarse la desviación de poder; la normatividad se ligaría a la *forma* exclusiva (no concurrente) de emanación (San-taniello), tesis que el propio Derecho italiano ha rechazado. En última instancia, es norma toda pauta de conducta o actuación estructurable lógicamente como una regla si *quis*, esto es, con una premisa mayor de hipótesis de conductas a la que se liga potencialmente un resultado jurídico. Más adelante se examinarán las aparentes excepciones: elementos desgajados de la norma y normas definitorias. Por el contrario, son actos las convocatorias (de premios, concursos, subastas, oposiciones, etc.), ya que se inordinan en un *procedimiento*, son actos preliminares o previos al acto definitivo, con cuya emanación desaparece toda su eficacia jurídica.

Lo que sucederá en la jurisprudencia, por lo demás vacilante ante este problema, es que el proceso lógico de calificación se invertirá frecuentemente, pues son las consecuencias las que

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

primarán para calificar de acto o norma un supuesto específico. La norma dejará de ser una categoría para devenir algo puramente convencional, deontológico (Bobbio, Romano, Mor-tati), a examinar caso por caso. Pero si ésta es la conclusión positiva, no parece lógico echar la esponja y no marcar el criterio definitorio a *stante*.

Una ojeada a la jurisprudencia así lo confirma. Es norma la resolución que determina los caminos de que deben cuidar los directores de caminos vecinales (Real Orden de 14 de diciembre de 1879); la resolución que ordena que los investigadores de bienes nacionales están obligados a realizar cuantas diligencias estime necesarias la Administración (Sentencia de 6 de julio de 1891); la reorganización de las divisiones de ferrocarriles (A. de 13 de noviembre de 1891, A. de 14 de diciembre de 1891); un real decreto que modifica el servicio de inspección (A. de 17 de marzo de 1892); en general, las reorganizaciones de servicios (Sentencias de 6 de diciembre de 1890 y de 27 de septiembre de 1892, entre muchas); y pasando a la jurisprudencia actual, ya sobre la LJCA, son normas: las tarifas portuarias (Sentencia de 26 de enero de 1959); las delegaciones de competencia (Sentencia de 1 de febrero de 1958); la fijación de los índices de revisión de precios (Sentencia de 6 de noviembre de 1957); el porcentaje de alumnos gratuitos en centros no estatales (Sentencia de 1 de marzo de 1958); la regulación de la campaña azucarera (Sentencia de 24 de marzo de 1962); la fijación de honorarios de apertura en los establecimientos (Sentencia de 23 de septiembre de 1963); la regulación del comercio de huevos (Sentencia de 5 de abril de 1965); tras alguna vacilación inicial, el coeficiente multiplicador a que se refiere la Ley de Retribuciones a los Funcionarios (Sentencia de 27 de abril de 1966), etc.

9. EL PRINCIPIO «LEGEM PATERE QUAM FECISTI» Y EL PLUSVALOR DE LA NORMA

Hay otro problema de colisión normativa que no responde en su solución al contraste formal de las normas. Concretamente, la subordinación de los actos administrativos concretos a las disposiciones también administrativas, pero de carácter general. Una Orden ministerial concreta o un Decreto singular no pueden vulnerar lo dispuesto en otra Orden ministerial de carácter general. Formalmente se trata aquí, en su ejemplo específico, hipotético, de una Orden ministerial o Decreto posterior frente a otra Orden ministerial; los primeros, concretados a un caso específico; la segunda, reguladora con carácter general del supuesto. Desde el punto de vista meramente formal no puede hablarse de colisión de normas y resolverse el problema, partiendo

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del principio de la jerarquía normativa, ya que se trata de disposiciones de igual o superior rango; además, una de ellas no tiene carácter normativo general, sino resolutivo y concreto. El acto administrativo es nulo si infringe lo dispuesto con carácter general con anterioridad. El artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración así lo establece, al disponer que «las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a ésta». Para la Administración local, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dice, en su artículo 11, párrafo 2: «Sus disposiciones (ordenanzas y Reglamentos locales) vincularán a los administrados y a la corporación, sin que ésta pueda dispensar individualmente de la observancia.» El artículo 46 de la LS dispone, a su vez: «Serán nulas las reservas de dispensación que se contuvieran en los planes u ordenanzas, así como las que, con independencia de ellos, se concedieren.» Se trata ahora de ver, en primer término, cuál es el fundamento y alcance del primer principio, tradicionalmente plasmado en la regla *legem patere quam fecisti*, y aclarar, en segundo término, si es equiparable o no a las reglas contenidas en la LS y en el Reglamento de Servicios.

a) *El surgimiento del problema en el Derecho intermedio: la polémica entre el rescripto contra «jus» y la cláusula «.non-obstante»*

La explicación de este especial supuesto, que escapa a la perspectiva formal de jerarquía de las normas, ha sido, históricamente, doble. En el Derecho intermedio, el mismo problema se planteaba sobre si el príncipe podría emanar rescriptos contra *jus*, y la contestación era afirmativa, siempre que al dictar el rescripto el príncipe actuase *ex plenitudo scientiae*, con perfecto conocimiento de que derogaba en su caso particular y privilegiado la Ley general. En otros términos, cuando el acto lo hacía *faciendo jus*, dictando, pues, otra Ley, bien general–Ley derogatoria– bien para el caso particular–Ley de privilegio, *lex in privos*–. Nuestro Derecho histórico no llegó a admitir la validez de la cláusula *non-obstante*, proscribiendo las cartas, albalaes y rescriptos contra *jus*, las cartas desafortunadas. Se basaba no sólo en el argumento de los *jura quaesita*, que hacía referencia más bien a los actos, sino también, paralelamente, en el mismo carácter de la Ley general, dirigida a los subditos y al propio príncipe: *quod quisque juris in alterum statuit eo ipse jure utatur*. La Ley es considerada por causa de esta ambivalencia de destinatario como el *con-tractus cum terra*. La derogación en cualquier momento sigue estando en el poder del príncipe, pero

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ello con carácter general. *Princeps legibus solutus est eatenus, quod possit novas leges (si ita ex usu reipublicae fuerit) prioribus contrarias condere: sed quamdiu novas leges non promulgat, legibus subjacet.*

Partiendo de esta tesis: *contractus est lex*, la antinomia se producía entre dos principios totalmente contrarios: el primero, afirmando que *nemo sibi ipsi legem imponere potest, a qua recedere non possit*. El segundo, apoyado en las 22 razones más o menos traídas por los pelos, y que Pruckman recoge, según el cual *legem nemo debet imponere, quam ipse servare neglegit*.

b) La doble posición jurídica del príncipe

Para zanjar este dualismo de principios polarmente opuestos, desde el siglo xni al xviii, los juristas traerán a colación, insinuando una doctrina que dará el máximo juego en nuestros tiempos, la doble posición jurídica del príncipe, según un bien conocido paso de Séneca: *Duas personas habet gubernator, alteram communem cum omnibus qui eadem conscenderunt navem, qua ipse quoque vector est, alteram propriam, quia gubernator est*. La antinomia aparecerá como consecuencia de la distinta posición del príncipe al hacer la Ley o al ejecutarla y cumplirla. Con ello, el principio *patere legem quam ipse tulisti*, despliega una doble eficacia positiva, en cuanto reafirma la potestad de modificar la Ley del mismo modo en que fue hecha: negativa, en tanto cierra la posibilidad de apartarse de la Ley anterior por un acto singular: *nemo voluntatem suam servam sibi facere potest, sed a lege prius lata recedere et quas fixit leges refigere poterit*. Ni vale, por tanto, el *argumentum de maiore ad minus*, porque no se está dentro de una potestad única, de mayor o menor extensión, sino de posiciones jurídicas distintas; de igual modo que el verdugo no puede robar lícitamente al reo condenado a muerte, basándose en el mismo *argumentum* y en el mayor valor de la vida que el de la propiedad. El apoyo en esta costumbre cierta y respetada será para Vitta y Sandulli el fundamento de la prohibición actual.

c) Perpetuación del problema y cambio de sentido en el Constitucionalismo

Dentro del constitucionalismo, el problema adoptó ya otra perspectiva diferente; en concreto, la aplicación al supuesto del principio general de igualdad ante la Ley, que quedaría quebrada si la segunda disposición, para el caso concreto, fuese en contra de la disposición de la misma Administración dictada con carácter general. A esta misma tesis se une la doctrina de la autolimitación administrativa, y la polémica ya examinada sobre la Ley formal-material. La Administración puede, en efecto, derogar

la regulación autónoma que se dio a sí misma, pero no puede ir en contra de su propia normación (Romano, Vignucchi).

El acto administrativo concreto sólo afecta al vínculo individual que contempla el fragmento de realidad que tiene ante los ojos. La regla de Derecho, por el contrario, no se refiere directamente a los supuestos reales, sino que los contempla en forma indirecta, mediante una noción determinada por ciertos signos abstractos; en todas partes donde se encuentren estos signos, la orden que ellos impliquen producirá sus efectos. En ello reside la virtud del Derecho, su valor para la igualdad y libertad de los individuos; la regla del Derecho se dicta sin acepción ni distinción de personas. De este modo, la regla no vincula sólo a los inferiores al poder que la dictó, es decir, no tiene un mero valor interno, sino que pasa a ser algo sustantivo en la normación jurídica general, vinculando a todos, incluso a quien la dicta, a los inferiores e incluso a los superiores (Otto Mayer).

d) *Las prohibiciones de dispensas*

Ya antes de la Ley de Régimen Jurídico, la jurisprudencia y algunas órdenes y normas dispersas habrían indicado igual prohibición de la dispensa. Así, el artículo 31 del Reglamento de Policía de los Ferrocarriles: «Se prohíbe todo privilegio en favor de las empresas de transporte, en la entrada, permanencia o circulación...»

e) *Los pretendidos fundamentos de la prohibición*

El fundamento de este principio se ha querido encontrar:

1. En la teoría del derecho adquirido.
2. En el principio de auto-vinculación de la actividad administrativa a través de disposiciones generales.
3. En los principios de igualdad del ciudadano ante la Ley (Fleiner).
4. En el principio, según el cual la Administración no tiene competencia para dictar actos contrarios a sus normas: la competencia de la misma alcanza a dictar normas y a ejecutarlas, no a dispensarlas o incumplirlas. La solución pretendida sería, de este modo, la falta de competencia (Zanobini) o la ausencia de potestad (Enterría), en cuanto es algo diferente la potestad de dictar normas de la potestad de resolver casos concretos.
5. La prohibición implícita que supone la dispensa de Ley o el privilegio. Esta tesis puede valer para aclarar ciertas prohibiciones positivas impuestas por la Ley a la legislación subordinada (exclusión de la facultad de dispensar, así en la LS y en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), pero no justifica la inderogabilidad singular de la norma

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

administrativa que versa sobre bases diferentes.

f) El fundamento en el principio de legalidad y en el plusvalor de la norma sobre el acto

En definitiva, no viene a suponer sino una aplicación concreta de los principios de legalidad. Todo acto administrativo debe estar fundamentado en el bloque de legalidad (Ley, Reglamentos, principios generales). Un acto administrativo no puede funcionar aisladamente del bloque de legalidad ni mucho menos ir, cualquiera que sea su jerarquía, en contra de tal bloque. El acto administrativo es, en todo caso—con excepción del caso visto de las medidas—, un acto típico, basado en la plenitud de normación, previa e indispensable para el acto, aunque en la realidad no funcione, lógicamente, la actuación administrativa tan a *posteriori*, ya que, frecuentemente, no es la norma previa la que tipifica el acto, sino la necesidad de emanar actos específicos la que fuerza a la Administración a dictar normas, ya pensadas de antemano en base a los futuros actos. Es justamente esta necesidad de la norma previa habilitante y tipificadora del acto la que produce el *plusvalor* jurídico de la norma frente al acto administrativo: el plusvalor de la norma escinde así el supuesto y fundamento del principio *legem patere*, en cuanto son cosas distintas la prohibición superior de incluir cláusulas de dispensa en la norma inferior en rango (casos de la LS y Reglamento de Servicios) *j* prohibición de derogar singularmente las normas administrativas.

El primer supuesto se basa en la regla de igualdad de trato a los administrados, y supone un límite a la norma administrativa inferior, no a la actuación singular. De otro lado, este límite no es generalizable, sino que queda encerrado en los confines de su prohibición (ordenanzas y Reglamentos Locales, de un lado) en tanto el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es de aplicación general a la Administración central. Por ello, la cláusula incluida en un Reglamento, y relativa a la dispensa por igual o superior autoridad a la que dictó la norma, no puede estimarse ilegítima—salvo en los supuestos vistos de prohibición—; aún más, es bastante usual en materia de intervención económica (autorización industrial, divisas, inversiones de capital extranjero, etc.). Material, ya que formalmente la prohibición general, bajo reserva de autorización discrecional, contiene la posibilidad de otorgar dispensas junto a las verdaderas autorizaciones. Tal cláusula vale, y no debería valer, si el fundamento del principio *legem patere* fuese el de la igualdad de trato o fuesen equiparables en un fundamento común, el artículo 30 de la LRJAE, el artículo 46 de la LS y el artículo 11 del Reglamento de Servicios.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El plusvalor de la norma frente al acto no sólo aflora en este principio *legem patere*, sino en la regla de la plenitud normativa previa al acto, en la tipicidad de éste, condicionada a la norma anterior, en el mismo proceso de integración progresiva de lo abstracto en lo concreto, en la base de numerosos aspectos de justificantes de su retroactividad –naturalmente, como se verá, con ciertos límites frente al *numerus clausus* de causas de justificación para la retroactividad de los actos (artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo)–. La escala de los actos está escindida formal y materialmente de la escala de las normas: una profunda filosofía de raíz las separa, la prevalencia de la *lex posterior* y la jerarquía de las normas sólo juegan en el mundo de las normas, pues, respecto al de los actos, es cabalmente el operante el contrario principio del *prior tempore potior jure*. La movilidad de las normas–el Reglamento es siempre derogable–pugna con el principio de consunción de la potestad en los actos: en ellos, la Administración, al emanarlos, /uncía *est officio suo*, ya ha dicho su última palabra, al decir la primera. Esta diferencia material se traduce–en un terreno constitucional–a la Ley formal: el principio contenido en el artículo 17 del FE habla de *todos los órganos del Estado* y prohíbe la *alteración arbitraria* de las normas. El plusvalor de la norma es el precio a su derogabilidad, frente a la intangibilidad del acto declaratorio de derechos. Que tal es el fundamento se evidencia por el dato de que una norma general puede ser contradicha por una especial, pues el principio *legem patere* no juega entre normas y sí sólo para el caso norma-acto.

1 KAUFMAN Armin. Teoría de las normas Fundamentos de la dogmática penal moderna. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1977, páginas 9-16

2 VILLAR PALASI José Luis. Derecho Administrativo Introducción y teoría de las normas. Tomo I. Madrid. Facultad de Derecho Universidad de Madrid. 1968. páginas. 411-429